

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991**

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*  
Revue de droit commercial

*Publication date:*  
1998

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 1998, 'Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelle protection pour les tiers?', *Revue de droit commercial*, p. 588-595.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?

1 Trois des quatre décisions annotées<sup>1</sup> offrent des solutions aux créanciers confrontés à la faillite d'une société coopérative créée avant la loi du 20 juillet 1991<sup>2</sup> et qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences relatives au capital social fixe minimum introduites par cette loi. Elles seront envisagées ici, ainsi que d'autres voies susceptibles de protéger adéquatement les droits des créanciers dans telle hypothèse.

2 La loi du 20 juillet 1991 comporte un titre VII et un titre VIII relatifs aux sociétés coopératives. Les modifications aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales sont d'importance; seules nous intéresseront dans les lignes qui suivent la problématique de l'exigence d'une part fixe du capital social de 750.000 francs minimum et surtout les responsabilités (administrateurs, fondateurs, associés,...) corrélatives.

La loi du 20 juillet 1991 contient diverses dispositions transitoires, incomplètes il est vrai<sup>3</sup>, mais qui permettent déjà de résoudre un ensemble de difficultés.

L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 11 octobre 1991 a fixé la date d'entrée en vigueur de la loi au 1<sup>er</sup> novembre 1991.<sup>4</sup> Les sociétés coopératives constituées à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1991 ont donc dû respecter immédiatement les nouvelles prescriptions légales, et notamment l'exigence d'une part fixe du capital social de 750.000 francs minimum (article 147bis, § 1, alinéa 2 des L.C.S.C.).

Quant aux sociétés constituées avant cette date, une période d'adaptation a été prévue et l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991 a été différée; l'article 165 donnait mission au Roi de fixer le délai – compris entre 1 et 5 ans – dans lequel ces "anciennes" coopératives devaient rendre leurs statuts conformes aux nouvelles exigences

légales<sup>5</sup>; elles restaient soumises à la loi ancienne aussi longtemps qu'elles ne l'avaient pas fait.

En application de l'article 2 de l'arrêté royal du 11 octobre 1991, cette adaptation a dû s'effectuer au plus tard le 1<sup>er</sup> novembre 1993. Cette postactivité de la loi ancienne a donc connu un terme fixe (le 1<sup>er</sup> novembre 1993 *au plus tard*), mais également des termes variables, antérieurs au terme fixe, selon la célérité avec laquelle chaque S.C. a adapté ses statuts.

Si, à cette date couperet, les statuts d'une S.C. n'ont pas été modifiés, l'article 168 prévoit que les clauses statutaires contraires à la loi nouvelle sont réputées non écrites et ses dispositions impératives s'appliquent de plein droit. Et dans l'hypothèse où le fonctionnement de la S.C. serait rendu impossible, tout intéressé peut<sup>6</sup> demander au tribunal d'en prononcer la dissolution.<sup>7</sup>

3 Lorsqu'a été adoptée la loi du 20 juillet 1991, certains auteurs ont cru à la mort de "l'ancienne coopérative". En effet, cette loi nouvelle a introduit la distinction entre deux formes de SC<sup>8</sup>: la société coopérative à responsabilité illimitée et solidaire (en abrégé: SCRIS), et la société coopérative à responsabilité limitée (en abrégé: SCRL). Que déduire de cette scission nouvelle? Deux types de raisonnements ont été développés.

4 L'article 2 des L.C.S.C. tel que modifié par la loi du 20 juillet 1991 n'indiquait parmi les sociétés commerciales reconnues par la loi que les SCRL et les SCRIS. Nulle trace désormais de "l'ancienne et bien connue" société coopérative. Se basant sur cette modification fondamentale, il a été défendu que la S.C. "ancienne mode"

<sup>1</sup> Voir p. 606-610. La quatrième décision, à savoir Comm. Termonde, 3<sup>ème</sup> chambre, 3 novembre 1997, se limite à refuser d'appliquer l'article 147ter, 1<sup>er</sup> aux fondateurs d'une coopérative constituée avant la loi du 20 juillet 1991 pour des motifs de droit transitoire, sans envisager de solution alternative puisqu'aucun autre fondement de responsabilité n'était proposé par le demandeur, curateur de la faillite.

<sup>2</sup> Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, M.B. 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16.951 et s. Dans les lignes qui suivent, cette loi sera fréquemment appelée "la loi nouvelle".

<sup>3</sup> Ne sont par exemple pas prises en considération les adaptations *partielles* ou *progressives* à la loi nouvelle (*infra*).

<sup>4</sup> Arrêté royal du 11 octobre 1991 fixant la date de l'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives, M.B. 24 octobre 1991, p. 23.900.

<sup>5</sup> Des adaptations progressives des statuts ont pu être envisagées, même si cette technique n'est jamais conseillée au vu de la relative insécurité juridique qu'elle induit; K. Geens dans son article "De overgangsregeling in de Nieuwe Vennootschapswet van 18 en 20 juli 1991" (T.R.V. 1991/5, pp. 281 et s.) souligne en effet les difficultés qui peuvent résulter de telles adaptations par "à coups": il faut chaque fois déterminer quelles dispositions de la loi du 20 juillet 1991 s'appliquent suite à cette adaptation, et quelles autres dispositions ne s'appliquent pas encore vu l'existence de clauses statutaires contraires... Lire également à ce sujet M. Grégoire, "Quelques dispositions de droit transitoire et quelques problèmes posés à la pratique dans la loi du 20 juillet 1991", *Réforme du droit des sociétés, Lois des 18 et 20 juillet 1991 – pratique notariale et formules d'actes*, Patrimoine, XIV, pp. 138-139.

<sup>6</sup> À l'heure actuelle, cette hypothèse est devenue théorique: en effet, il semble difficile de soutenir que le fonctionnement de la S.C. serait devenu impossible si elle est encore en activité aujourd'hui!

<sup>7</sup> Le droit de demander la dissolution judiciaire pour justes motifs appartenait déjà aux associés d'une S.C. dans les conditions fixées par l'article 1871 du Code civil; en outre, l'article 102 des L.C.S.C. auquel renvoie l'article 146, 1<sup>er</sup>, permet également à tout tiers intéressé de faire cette demande. Qu'ajoute donc la seconde phrase de l'article 168? Il semble qu'il ne s'agisse que d'une application particulière du "droit commun de la dissolution judiciaire pour justes motifs".

<sup>8</sup> Article 141, §2 des L.C.S.C.

avait bel et bien disparu.<sup>9</sup> La conséquence? En application de la théorie classique des cadres légaux obligatoires<sup>10</sup>, les "anciennes" S.C. non adaptées à la date couperet du 1<sup>er</sup> novembre 1993 seraient devenues des sociétés en nom collectif irrégulières. Dans l'hypothèse où elles voudraient "redeviend" des coopératives et (enfin) adapter leurs statuts à la loi nouvelle, elles devraient donc procéder préalablement à une transformation.<sup>11</sup> Cette idée ne peut raisonnablement pas se justifier, et cela à divers titres. Le premier et principal argument contraire est que la volonté du législateur n'a jamais été d'aboutir à une telle suppression de la SC pour la remplacer purement et simplement par deux nouvelles formes de sociétés.<sup>12</sup> D'autre part, cette opinion aboutit à des conséquences déraisonnables. Par exemple<sup>13</sup>:

- à quel titre l'article 168 des L.C.S.C., qui s'applique aux sociétés en défaut d'adaptation de leurs statuts au 1<sup>er</sup> novembre 1993, concernerait-il des sociétés en nom collectif irrégulières?
- que faire des nombreux textes qui font référence au S.C.<sup>14</sup> Deviennent-ils inapplicables dès lors que cette forme de société aurait disparu?

Enfin, l'article 2 des L.C.S.C. a été à nouveau modifié par la loi du 13 avril 1995 et reprend dans son énumération "la société coopérative", sans précision supplémentaire. Il est donc devenu incontestable qu'il existe UNE forme de société qui est la société coopérative, mais qu'elle peut adopter deux visages bien distincts: la SCRIS ou la SCRL.

5 Un second courant doctrinal a soutenu que les "anciennes" coopératives non adaptées à la loi nouvelle au

1<sup>er</sup> novembre 1993 étaient devenues *ipso facto* des SCRIS, quel que soit leur régime de responsabilité antérieur.<sup>15</sup> Cette thèse s'est fondée sur l'idée selon laquelle "la responsabilité limitée, ça se mérite!"; ainsi, les associés et administrateurs<sup>16</sup> sont tenus de faire le nécessaire dans le délai requis pour que la société soit conforme à toutes les exigences légales, condition *sine qua non* pour obtenir la récompense suprême: une limitation de la responsabilité des associés.

C'est une interprétation particulière de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991 qui permet, fallacieusement, d'appuyer cette thèse: cet article stipule que les dispositions statutaires contraires à la loi nouvelle sont considérées comme non écrites à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1993; à cette date, les dispositions impératives de la loi nouvelle s'appliquent de plein droit. Les tenants de cette seconde thèse en ont conclu que la disposition statutaire d'une société coopérative n'ayant pas adapté ses statuts dans le délai requis qui stipule que les associés ne sont tenus qu'à concurrence de leur souscription n'était pas conforme au nouvel article 147bis des L.C.S.C. et devait donc être réputée non écrite: la S.C. devient alors à responsabilité *illimitée*. C'est cette solution qu'ont choisie la quatrième chambre du tribunal de commerce de Liège dans son jugement du 27 mars 1996 et la troisième chambre du tribunal civil de Dinant dans son jugement du 4 mars 1997, décisions publiées p. 610 et 612. Elle ne peut cependant pas être retenue.

En réalité, une clause limitative de la responsabilité des associés n'est en aucune façon contraire à la loi du 20 juillet 1991 qui prévoit expressément cette possibilité (article 141, § 2 des L.C.S.C.)<sup>17</sup>; seul le *quantum* de la part fixe du capital social pose problème, au regard de l'article 147bis, § 1, alinéa 2 des L.C.S.C. tel que modifié par la loi. Il est donc incorrect de s'appuyer sur l'article 168 pour aboutir à la conclusion que les SC qui n'ont pas adapté leurs statuts seraient devenues par le fait même des SCRIS.<sup>18</sup>

Cette sanction de la responsabilité illimitée a également trouvé un écho chez les auteurs qui considèrent que la SCRIS serait le cadre légal obligatoire pour les coopératives non encore régularisées.<sup>19</sup> Cette assertion s'inspire sans doute de l'ancien article 146, alinéa 1, 6<sup>o</sup> des

<sup>9</sup> Voir notamment J. Van Bael, "Er zijn geen C.V.'s meer", *Nieuwe Vennootschappenwet 1991 - de Wetten van 18 en 20 juli 1991*, Antwerpen, Kluwer 1991, pp. 231 et s.; du même auteur: "De coöperatieve vennootschap na de Wet van 20 juli 1991. Een draak met drie koppen", *N.F.M.* 1992, n° 8/9, pp. 183 et s.; H. Du Faux, "Aperçu des dispositions légales régissant la société coopérative après l'entrée en vigueur des dispositions la concernant dans la loi du 20 juillet 1991", *Rev. not. b.* 1992, pp. 80 et s., et spéc. 96.

<sup>10</sup> Cette théorie est abandonnée aujourd'hui à la suite de la modification de l'article 2 des L.C.S.C. qui précise que dorénavant, la personnalité morale n'est acquise qu'à dater du dépôt des statuts ou des extraits de statuts selon le cas au greffe du tribunal de commerce. La société qui n'accomplit pas telle formalité est une société commerciale sans personnalité, régie par les dispositions du Code civil et éventuellement par l'article 17 des L.C.S.C.

<sup>11</sup> Dans le respect des modalités fixées par l'article 166 des L.C.S.C. (H. Laga, "De coöperatieve vennootschap en de Wetten van 20 juli 1991 en 29 juni 1993 - overgangsrecht, kapitaalvermindering, kapitaalverhoging door incorporatie van reserves en alarmprocedure", *T.R.V.* 1993, pp. 500-501).

<sup>12</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. ordin. 1990-1991, n° 1374, 1 à 11; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1990-1991, n° 1695, 1 à 15; voir M. Coipel, *Rapport complémentaire*, in Travaux du Comité d'Etudes et de Législation, Fédération royale des notaires de Belgique, 1993-1994, pp. 325-326.

<sup>13</sup> Voir l'excellente note de Th. Verhoest qui énumère de façon systématique les diverses objections à cette thèse (note sous *Rechtbank van koophandel te Brugge (afdeling Oostende)*, 10 oktober 1996, *T.R.V.* 1997, pp. 174 et s.); voir également M. Coipel, *o.c.*, pp. 326-327.

<sup>14</sup> Notamment les dispositions des L.C.S.C. elles-mêmes, comme les articles 7, h, 10, §1, alinéa 3 et 12, §3, ainsi que l'intitulé-même de la section VII.

<sup>15</sup> Les sociétés qui étaient à responsabilité limitée pouvant cependant conserver cet avantage pour le passif existant au 1<sup>er</sup> novembre 1993.

<sup>16</sup> Le partage des tâches entre associés et administrateurs en ce qui concerne la nécessaire adaptation des statuts est rappelé *infra*.

<sup>17</sup> Il n'y a donc pas "clause statutaire contraire à la présente loi" au sens de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991.

<sup>18</sup> Voir dans cens Comm. Bruges, ch. vac., 10 octobre 1996, *T.R.V.* 1997, pp. 172 et s.; *R.W.* 1996-97, n° 27, pp. 922-923 et la note de Filip Melis qui suit, p. 924.

<sup>19</sup> H. Du Faux, "Société coopérative à responsabilité limitée constituée avant la loi du 20 juillet 1991 - quid en cas d'absence de mise en concordance des statuts avec la loi dans le délai prescrit expirant le 31 octobre 1993?", *Rev. not. b.* 1993, pp. 63 et 64. Du même auteur et dans le même sens: "Over het statuut van de voor de Wet van 20 juli 1991 opgerichte "C.V.B.A.'s: verduidelijking van een stelling", *T.R.V.* 1998, pp. 154 et s.

L.C.S.C., abrogé par la loi du 20 juillet 1991, qui prévoyait que les associés étaient tous solidaires si les statuts ne contenaient pas de disposition particulière relative à la responsabilité: ne pourrait-on y voir une certaine prééminence de la coopérative avec une responsabilité limitée? Cependant, les SC avec une responsabilité illimitée et celles avec une responsabilité limitée ont toujours été sur pied d'égalité, sans que l'on puisse dire que les unes auraient constitué le droit commun et les autres l'exception... d'autant plus qu'en pratique, la quasi totalité des coopératives prévoyaient la limitation de responsabilité. Et les articles 2 et 141, § 2 des L.C.S.C., et les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1991 excluent clairement ce type d'argumentation.<sup>20</sup>

À nouveau, cette solution, extrêmement lourde et non prévue par le texte, doit être écartée. À partir de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991<sup>21</sup>, les coopératives préexistantes sont devenues soit des SCRIS, soit des SCRL, sans que se soit opérée une quelconque transformation de la société, ni la création d'une nouvelle société<sup>22</sup>: les anciennes coopératives à responsabilité illimitée se sont muées automatiquement en SCRIS et les anciennes coopératives à responsabilité limitée, en SCRL.<sup>23</sup> C'est la seule thèse raisonnable, les deux autres, examinées *supra*, ne résistant pas à l'analyse.

6 Puisqu'on ne peut se prévaloir des deux fondements exposés ci-avant pour retenir la responsabilité illimitée et solidaire des associés d'une société coopérative qui ne se serait pas adaptée aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum, quelle autre voie trouver pour protéger les créanciers?

La loi du 20 juillet 1991 a modifié l'article 7, b des L.C.S.C. en imposant aux sociétés coopératives l'indication, dans l'extrait de leur acte fondateur qui doit être publié dans les annexes du *Moniteur belge*, de la part fixe du capital social (n° 5) ainsi que du régime de responsabilité des associés en ce qui concerne les dettes sociales (n° 11). La sanction de l'absence de publication de telles mentions est leur inopposabilité aux tiers de bonne foi (article 10, § 4 des L.C.S.C.). Pourrait-on en conclure que les coopératives à responsabilité limitée qui ne se sont pas adaptées aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991 ne peuvent plus opposer la limitation de leur responsabilité qu'aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire aux tiers qui connaissent cette limitation (quelle que soit la voie par laquelle ils l'auraient apprise)? Non. En effet,

la constitution d'une société est un acte *instantané*: en conséquence, constituée valablement selon les règles en vigueur au moment de sa création, on ne peut, sous peine de porter atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi, imposer *a posteriori* à la société de nouvelles obligations au respect desquelles serait subordonnée, notamment, une opposabilité de sa responsabilité limitée aux tiers.<sup>24 25</sup>

La voie de la responsabilité illimitée à l'égard des tiers de bonne foi comme sanction de la non adaptation des statuts à la loi nouvelle et de la non publication des mentions requises par l'article 7 étant indéniablement une voie sans issue, c'est donc à nouveau vers d'autres pistes qu'il convient de se tourner pour assurer la protection des tiers.

7 Le jugement du 13 février 1996 de la troisième chambre du tribunal de commerce de Liège publié p. 606 offre une première solution. Quel est son point de départ? Il appartenait aux administrateurs de S.C. de réunir une assemblée générale et d'inscrire à l'ordre du jour l'augmentation du capital requise pour respecter les nouvelles obligations de l'article 147bis des L.C.S.C.<sup>26</sup> C'est des administrateurs que l'on peut exiger au premier titre qu'ils veillent au respect par la société qu'ils gèrent des dispositions légales en matière de droit des sociétés. Ne pas avoir fait le nécessaire en ce sens constitue une faute grave dans leur chef.

Or l'article 158, 2° des L.C.S.C. rendait alors applicable aux coopératives à responsabilité limitée l'article 63ter relatif à l'action en comblement de passif; on notera que

<sup>20</sup> Voir H.-P. Lemaître, "A propos des coopératives...", *J.T.* 1994, pp. 165-166.

<sup>21</sup> Pour rappel, cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, pour les sociétés préexistantes en défaut d'adapter leurs statuts, et à la date (antérieure) à laquelle les sociétés ont procédé à cette adaptation, pour celles qui l'ont fait.

<sup>22</sup> Voir dans ce sens Th. Verhoest, *o. c.*, p. 175; H.-P. Lemaître, *o. c.*, p. 166; M. Coipel, *o. c.*, pp. 326 et s.

<sup>23</sup> Irrégulières, puisqu'elles ne respectent notamment pas les conditions légales en matière de capital social minimum (147bis, §1, alinéa 2 des L.C.S.C.).

<sup>24</sup> Il ne serait du reste pas raisonnable de soutenir que la société a pu valablement opposer sa responsabilité limitée aux tiers jusqu'au 31 octobre 1993, mais qu'elle n'a plus pu le faire à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1993 parce qu'elle n'aurait pas respecté au moment de sa constitution les prescriptions de l'article 7, b des L.C.S.C. introduites par la loi du 20 juillet 1991, ou parce qu'elle n'aurait pas intégré par la suite dans son acte fondateur, modifié pour l'occasion et publié au *Moniteur belge*, ces mentions nouvellement exigées.

<sup>25</sup> Voir Comm. Charleroi 5 septembre 1995, *J.L.M.B.* 1997, pp. 642 et s.: "(...) que la publication par extraits des statuts de la S.C. Etablissements Voegelé-Naniot ayant été opérée conformément aux dispositions applicables à la date de la constitution de la société, c'est-à-dire antérieurement à la loi du 20 juillet 1991, et aucune disposition de droit transitoire n'imposant de formalité pour le maintien du régime de responsabilité limitée après l'entrée en vigueur de la loi, la clause de limitation de responsabilité est opposable aux tiers". Si nous marquons notre entier accord avec ce volet de la décision, la suite est cependant d'une autre teneur, et doit être rejetée (voir *infra*).

<sup>26</sup> Des alternatives à une augmentation du capital social peuvent également être valablement proposées (*infra*, point 9). L'augmentation de capital est cependant le *quod plerumque fit*.

depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1996, c'est à l'article 133bis des L.C.S.C. que se réfère l'article 158.<sup>27</sup>

Pour rappel, trois éléments, d'ailleurs bien développés dans la décision annotée, doivent être réunis pour que cette action puisse être intentée avec succès:

- une faute grave et caractérisée, aisément établie en l'espèce;
- la faillite et l'insuffisance de l'actif;
- la contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite: cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause.<sup>28</sup> Il peut difficilement être contesté que l'absence de majoration du capital social pour atteindre le minimum légal de 750.000 francs a joué un rôle dans la faillite de la société.

Lorsque ces trois éléments sont réunis, le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour condamner le ou les administrateurs<sup>29</sup>, solidairement ou non, à combler totalement ou partiellement l'insuffisance de l'actif. Ceux-ci pourront évidemment être tenus au-delà de la simple différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimum requis par l'article 147bis, § 1, alinéa 2 des L.C.S.C. Dans la décision de Liège p. 608, ce principe joue d'ailleurs en faveur de la gérante, puisque les dettes sociales s'élevaient à un montant inférieur à cette différence.

Cette sanction peut être très lourde. Elle correspond d'ailleurs à la gravité de la faute commise, impardonnable dans le chef d'un administrateur.

Ce jugement de la troisième chambre du tribunal de commerce de Liège a, curieusement, été réformé par arrêt du 18 novembre 1997 de la 7<sup>ème</sup> chambre de la Cour d'appel de Liège<sup>30</sup>: sans remettre en cause le principe de la responsabilité des administrateurs, retenue cette fois sur base des articles 62, alinéa 2 et 158, 1<sup>er</sup> des L.C.S.C. ainsi que 1382 du Code civil<sup>31</sup>, la Cour rejette cependant son application dans le cas d'espèce pour des considérations de fait (date de la cessation des paiements, date de l'assignation en faillite,...) qui supprimeraient selon elle le lien de causalité entre la faute, bien établie, et le dommage. Cette motivation de fait est susceptible d'être critiquée mais, étrangère à nos débats, elle ne le sera pas dans ces lignes.

<sup>27</sup> Cette modification permet aux administrateurs (actuels ou anciens, de droit ou de fait) des "petites" coopératives (à savoir celles qui ont réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre affaires moyen inférieur à 25 000 000 francs HTVA et dont le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 15 000 000 francs) d'échapper à la responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite. La décision commentée a été adoptée avant cette modification (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996), mais surtout la faute commise par la gérante l'a été avant cette date: cette faveur faite aux petites coopératives n'a donc pas été applicable en l'espèce.

<sup>28</sup> A. Benoît-Moury, "Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés", *Act. dr.* 1991, p. 110.

<sup>29</sup> Terme compris dans l'acception large définie *supra*.

<sup>30</sup> *J.L.M.B.* 1998, p. 1071.

<sup>31</sup> Nulle mention de l'article 63ter (ou 133bis ou 158, 2<sup>o</sup> ou 9<sup>o</sup>) des L.C.S.C. et de la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite...

8 En outre, la loi du 20 juillet 1991 a instauré pour les SCRL une responsabilité des administrateurs identique à celle des administrateurs d'une société anonyme sur base de l'article 62 des L.C.S.C. (article 158, 2<sup>o</sup> des L.C.S.C.). L'application de l'article 62, alinéa 1 aux administrateurs n'ayant pas réuni en temps utile une assemblée générale pour augmenter le capital social ne pose aucune difficulté<sup>32</sup>, elle ne présente cependant qu'un maigre intérêt dans la problématique qui nous occupe, puisque les administrateurs ne rendent compte que vis-à-vis de leur mandante, à savoir la société.

L'alinéa second de l'article 62 intéresse au contraire les créanciers: la lecture combinée de l'article 147bis, § 1, alinéa 2 des L.C.S.C. (imposant un nouveau montant pour la part fixe du capital social) et de l'article 165 de la loi du 20 juillet 1991 (imposant aux sociétés d'adapter leurs statuts) débouche sur l'obligation pour les administrateurs de S.C. de réunir une assemblée générale ayant cet objet. Leur carence peut être sanctionnée au titre de violation d'une disposition des L.C.S.C. (en l'espèce, l'article 147bis). Certains ont contesté une telle assertion<sup>33</sup> sur base de l'argumentation suivante: sur le plan du droit transitoire, la loi du 5 décembre 1984<sup>34</sup> prévoit textuellement que les administrateurs de S.A. qui n'ont pas réuni d'AG pour augmenter le capital dans les conditions requises sont solidairement *tenus* (ils sont donc *débiteurs*, et non *souscripteurs*) envers les intéressés de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum légal<sup>35</sup>; la loi du 13 avril 1995<sup>36</sup> fait de même; la loi du 15 juillet 1985<sup>37</sup> prévoit une sanction identique pour les gérants de S.P.R.L. Il faudrait donc en déduire que le législateur n'a pas considéré que les tiers tiraient directement de l'article 62, alinéa 2 un droit d'agir contre les administrateurs pour cette "faute" car il n'existerait aucune *obligation légale* pour les administrateurs de réunir une AG dans ce but (c'est en effet aux *associés* et non aux administrateurs qu'il appartient d'augmenter le capital de la société). En cas d'inertie des administrateurs, il n'y aurait donc pas in-

<sup>32</sup> Voir notamment Comm. Bruges, ch. vac., 10 octobre 1996 (*T.R.V.* 1997, pp. 172 et s.) qui envisage cette voie de mise en cause de la responsabilité des administrateurs, sans cependant se prononcer puisque les demandeurs n'avaient pas fondé leur recours sur cette base.

<sup>33</sup> Souvent par un silence lourd de sens: voir H. Laga in "De coöperatieve vennootschap en de Wetten van 20 juli 1991 en 29 juni 1993 - overgangrecht, kapitaalvermindering, kapitaalverhoging door incorporatie van reserves en alarmbelprocedure" (*T.R.V.* 1993, pp. 498 et s.), qui ne mentionne que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 62 des L.C.S.C. et l'article 1382 du Code civil comme voies de mise en cause de la responsabilité des administrateurs; voir également le tribunal de commerce de Bruges (Comm. Bruges, ch. vac., 10 oct. 1996, *T.R.V.* 1997, pp. 172 et s.).

<sup>34</sup> Loi du 5 décembre 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 (*M.B.* 12 décembre 1984, pp. 15 612 et s.), article 72, alinéa 3.

<sup>35</sup> Sur les dispositions transitoires de cette loi, on lira avec intérêt H. Braeckmans, "Aspecten van overgangrecht in de nieuwe Vennootschapswet van 5 december 1984", *R.W.* 1984-85, pp. 2722 et s.

<sup>36</sup> Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 (*M.B.* 17 juin 1995, pp. 17 492 et s.), article 111, alinéa 3.

<sup>37</sup> Loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 (*M.B.* 14 août 1985, pp. 11 698 et s.), article 17, alinéa 2.

fraction aux L.C.S.C. (inapplicabilité corrélatrice de l'alinéa second de l'article 62) et, si le législateur veut créer la possibilité pour les tiers de mettre en cause la responsabilité des administrateurs pour cette carence fautive, il doit prévoir spécifiquement cette base de responsabilité, comme il l'a fait dans les lois susmentionnées. Or la loi du 20 juillet 1991 ne contient pas une telle disposition. Cette position apparaît abusive; elle rencontre d'ailleurs des opposants vigoureux.<sup>38</sup> En réalité, les dispositions transitoires des lois mentionnées ci-avant relatives à la sanction des administrateurs peu diligents ont été adoptées pour protéger les administrateurs en limitant leur responsabilité à la différence susdécrite, leur évitant une responsabilité illimitée, de type "tout le dommage, rien que le dommage".<sup>39</sup>

Elles ne peuvent servir de fondement à un raisonnement trop théorique qui tendrait à exclure l'application de l'alinéa 2 de l'article 62 dans l'hypothèse étudiée.

9 Quid de l'application de l'article 147ter, 1° aux administrateurs?<sup>40</sup> Bien que ce fondement de la responsabilité des administrateurs ne heurte pas le principe de non-rétroactivité<sup>41</sup>, il est tout-à-fait critiquable puisqu'il va à l'encontre des termes même de cette disposition, comme l'a décidé fort justement le tribunal de Charleroi dans un jugement du 10 septembre 1997.<sup>42</sup> Une telle base de responsabilité aurait éventuellement pu être admise si les gérants avaient déjà procédé à une augmentation de capital, en l'occurrence insuffisante; par contre, et vu la formulation précise du texte légal – d'ailleurs de stricte interprétation en tant qu'instaurant un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun – la justification de pareille responsabilité se comprend difficilement lorsque les gérants n'ont pas procédé à une augmentation de capital.<sup>43</sup> On pourrait, il est vrai, rétorquer que cette interprétation de l'application de l'article 147ter aux gérants aboutit à une absurdité, puisque seuls seraient susceptibles d'être poursuivis sur cette base les gérants ayant déjà "fait un effort" dans la voie de l'adaptation à la loi nouvelle par le biais d'une augmentation de capital, certes insuffisante,

tandis que les gérants n'ayant rien fait échapperaient à toute responsabilité.<sup>44</sup> Telle est cependant l'unique lecture que l'on peut faire du texte de l'article 147ter dans sa formulation actuelle....

10 Enfin, et pour en terminer avec la mise en cause des administrateurs, leur responsabilité aquilienne à l'égard des tiers peut être engagée.<sup>45</sup> Les fautes retenues à leur charge peuvent adopter divers visages: ne pas avoir réuni l'AG pour se conformer à la loi nouvelle<sup>46</sup>, avoir pris des engagements au nom de la société en sachant ou en devant savoir qu'ils ne sauraient les exécuter, accepter de gérer une société en infraction avec la loi,... Un lien de causalité spécifique entre la faute commise et le dommage devra toutefois être chaque fois prouvé.

Quelle que soit la voie choisie (article 62, alinéa 2 des L.C.S.C. ou 1382 du Code civil), l'intégralité du dommage subi pourra alors être réparée.<sup>47</sup>

11 Deux questions, mises en lumière par des décisions récentes, restent en suspens.

<sup>38</sup> Sur cette base de l'article 147ter à tout le moins.

<sup>39</sup> On lira à ce propos avec grand intérêt l'article de J. Van Ryn et X. Dieux, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers" (J.T. 1988, pp. 401 et s.). Les auteurs y soulignent notamment que déjà dans l'esprit des auteurs de la loi de 1873, la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des tiers basée sur l'actuel article 62, alinéa 2 se justifiait par "l'idée que la confiance légitime des tiers dans le respect par les administrateurs de la loi et des statuts ne pouvait être trompée". Si cette légitime confiance est trompée par des actes ou des omissions qui leur causent préjudice, les tiers peuvent en réclamer réparation en application des principes généraux de la responsabilité aquilienne.

<sup>40</sup> Le tribunal de commerce de Charleroi a considéré, dans un jugement du 10 janvier 1979, qu'"en cas d'infraction à la loi ou aux statuts, il y a élargissement du devoir général de prudence envers les tiers" (in J.C.B. 1979, pp. 510 et s.).

<sup>41</sup> Comparer avec l'article 147ter, 1° des L.C.S.C. pour les fondateurs et, en cas d'augmentation du capital, les administrateurs.

Certaines décisions judiciaires limitent cependant la responsabilité des administrateurs à la différence entre le capital minimum légal (voir par exemple Comm. Anvers, 1<sup>ère</sup> ch., 9 novembre 1995 et Civ. Hasselt, 5<sup>ème</sup> ch., 18 décembre 1995, toutes deux dans T.R.V. 1996, pp. 190 et s., ainsi que l'intéressante note de Frank Hellemans qui suit – à noter que les administrateurs sont reconnus débiteurs de cette différence, et non souscripteurs; même après l'application de cette sanction, la société reste donc sous-capitalisée au regard des exigences légales). Pourtant, la responsabilité aquilienne implique que tout le dommage doit être réparé, quelle que soit la gravité de la faute, à condition bien sûr d'établir le lien de causalité faute/ dommage. Comment justifier une telle limitation?

D'autre part, on rappellera que les dispositions transitoires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 13 avril 1995 examinées *supra* sont davantage protectrices des administrateurs de SA et SPRL puisqu'elles limitent leur responsabilité à la différence entre le capital souscrit et le capital minimum légal. La loi du 20 juillet 1991 ne prévoyant aucune disposition particulière en matière de responsabilité, il faut en conclure que le droit commun s'applique.

<sup>38</sup> Voir notamment H.-P. Lemaître, "A propos des coopératives..." J.T. 1994, p. 166.

<sup>39</sup> Voir notamment les travaux préparatoires de la loi du 5 décembre 1984, Doc. parl., Chambre, 1981-82, n° 2109, p. 88.

<sup>40</sup> Michèle Grégoire propose cette base de responsabilité des administrateurs "s'il doit y avoir augmentation de capital" (in "Quelques dispositions de droit transitoire et quelques problèmes posés à la pratique dans la loi du 20 juillet 1991", *Réforme du droit des sociétés – lois des 18 et 20 juillet 1991 – pratique notariale et formules d'actes*, Patrimoine XIV, pp. 137 et s. et spéc. 142). En application de cette disposition, les administrateurs seraient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum fixé par l'article 147bis.

<sup>41</sup> Comparer *infra*, à propos des fondateurs.

<sup>42</sup> Comm. Charleroi, 1<sup>ère</sup> chambre, 10 septembre 1997, J.L.M.B. 1998, p. 1084.

<sup>43</sup> En outre, si cet article 147ter pouvait s'appliquer à une telle hypothèse, pourquoi le législateur a-t-il considéré comme essentiel d'introduire dans les dispositions transitoires des lois du 5 décembre 1984 et 13 avril 1995 d'une part (SA), et du 15 juillet 1985 d'autre part (SPRL), une disposition spécifique relative à la responsabilité des administrateurs non diligents (*supra*)?



## a) Quels sont les administrateurs tenus "ratione temporis"?

À partir du moment où l'on admet la responsabilité des administrateurs pour non convocation d'une AG ayant pour objet l'augmentation du capital, surgit une sous-question: cette responsabilité pèse-t-elle sur toutes les personnes qui, à un moment donné de la période durant laquelle la société devait adapter ses statuts, ont été administrateurs? Ou bien uniquement sur celles qui étaient en poste au moment précis de l'expiration du délai d'adaptation, au motif qu'elles seules étaient tenues de réunir une AG ayant cet objet? Deux juridictions, confrontées à cette problématique en matière de S.P.R.L., ont tranché en faveur de la seconde branche de l'alternative.<sup>48</sup> Elles ont considéré en effet que, même si les anciens administrateurs *auraient pu* réunir une AG pour modifier les statuts, ils n'étaient *pas tenus* de le faire, disposant encore d'un délai utile; en conséquence, au moment où ils ont quitté la société, ils n'ont pas commis d'infraction aux L.C.S.C. et il n'est pas fondé de leur reprocher la non-adaptation de la société aux nouvelles exigences légales<sup>49</sup>; par contre, les administrateurs en place lors de l'expiration du délai sont impardonnables. Cette obligation de rendre la coopérative conforme à la loi – et la responsabilité corrélative à l'égard des tiers – pèse évidemment également sur ceux qui deviennent administrateurs *après* l'expiration du délai d'adaptation, si cette adaptation n'a pas encore été réalisée.

## b) Comment être libéré de cette responsabilité?

Outre l'hypothèse des anciens administrateurs envisagée ci-avant (pour lesquels il est nécessaire d'avoir obtenu la décharge *avant* l'expiration du délai), il suffit d'avoir, dans le délai requis, réuni une AG ayant pour objet une augmentation de capital, une modification de la société (article 164 des L.C.S.C.), une transformation de la société (articles 165 et s. des L.C.S.C.) ou une dissolution de la société.<sup>50</sup>

Quant aux administrateurs qui régularisent la situation de la coopérative qu'ils gèrent *après* l'expiration du délai d'adaptation prévu, ils pourraient être tenus responsables

du préjudice causé à des tiers suite au retard mis à se conformer à la loi à condition d'établir le lien de causalité adéquat.

## 12 Qu'en est-il de la responsabilité des fondateurs?

Une solution a été retenue à plusieurs reprises par la jurisprudence: l'application de l'article 147ter, 1° des L.C.S.C. aux fondateurs, ce qui implique que ces derniers soient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par l'article 147bis, § 1, alinéa 2.<sup>51</sup> Cette sanction est inadéquate à divers titres. Tout d'abord, si l'on s'en tient au postulat du *continuum* de la société coopérative (voir *supra*), il n'y a pas eu lors de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991 de *constitution* d'une nouvelle société; on comprend donc mal en quoi l'article 147ter, 1° pourrait trouver à s'appliquer au 1<sup>er</sup> novembre 1993 aux sociétés coopératives préexistantes à cette loi; ensuite, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par cet article puisse être appliquée aux sociétés constituées avant le 1<sup>er</sup> novembre 1991<sup>52</sup>; en effet, introduit par la loi du 20 juillet 1991, l'article 147ter, 1° crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui elle aussi est introduite par cette même loi. À l'époque de la fondation de la société, acte instantané, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au moment où ils ont fondé la société, et la loi du 20 juillet 1991 n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expressément proclamée rétroactive, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.<sup>53</sup> La doctrine s'est vigoureusement opposée à la

<sup>48</sup> Comm. Anvers 11<sup>ème</sup> ch., 9 novembre 1995 et Civ. Hasselt, 5<sup>ème</sup> ch., 18 décembre 1995, toutes deux dans T.R.V. 1996, pp. 190 et s.

<sup>49</sup> Une distinction très précise, qui n'est pas encore rencontrée dans les deux décisions susmentionnées, devra peut-être être faite dans certaines circonstances au niveau du délai; en effet, une assemblée générale ne se réunit pas du jour au lendemain (voir notamment l'article 146, 4° des L.C.S.C. ou les dispositions statutaires). En conséquence, il faudra calculer si, au moment de leur départ de la société, les administrateurs n'étaient pas déjà entrés dans le dernier délai utile pour convoquer régulièrement une AG qui adapterait les statuts dans les exigences temporelles fixées par la loi/les statuts.

<sup>50</sup> Ces mesures proposées par les administrateurs ne rencontreront pas forcément l'adhésion de l'AG; dans ce cas, tout tiers intéressé garde la possibilité de demander la dissolution de la société dont le fonctionnement serait devenu impossible (Frank Hellemans, "De aanpassing van het kapitaal van een N.V. aan de nieuwe minimumvereisten: wie doet wat?", T.R.V. 1996, pp. 191-192). Voir *infra*.

<sup>51</sup> Comm. Charleroi, 1<sup>ère</sup> chambre, 5 septembre 1995, J.L.M.B. 1997, pp. 642 et s.; Mons, 1<sup>ère</sup> chambre, 1 décembre 1997, non publié, R.G. 96/749 et 96/831, en cause J. Gorrebeek c/P.-H. Bataille et E. Simonet c/ P.-H. Bataille qui confirme Comm. Mons 16 avril 1996, également non publié; Gand, 16<sup>ème</sup> chambre, 9 mai 1997, T.R.V. 1997, pp. 403 et s. qui confirme Civ. Bruges 28 février 1995, non publié, en cause Dekeyser c/Staets et alii. L'arrêt de la Cour d'appel de Gand, outre qu'il ne brille pas par sa rigueur juridique, est peu clair: en effet, au terme du dispositif, la Cour semble retenir la responsabilité de l'assemblée générale (et donc des associés) sur base de l'article 147ter au motif que ce serait sur cet organe que repose l'obligation d'adapter les statuts sociétaires!!!

<sup>52</sup> La décision rendue le 3 novembre 1997 par la troisième chambre du Tribunal de commerce de Termonde publiée p. 616 expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147ter, 1° aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991. On la lira avec grand intérêt.

<sup>53</sup> Aucune disposition transitoire de la loi du 20 juillet 1991 ne déroge à l'article 2 du Code civil en prévoyant une quelconque rétroactivité.

Voir dans ce sens Cass., ch. des vac., 12 septembre 1940 (Pas. 1940, pp. 215 et s.): "Attendu qu'aucune loi, fût-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur; à moins que de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil". Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par Thionny Verhoest (sous Gand, 16<sup>ème</sup> chambre, 9 mai 1997, T.R.V. 1997, pp. 405 et s.): Gand 21 avril 1983, R.D.C. 1984, pp. 30-31 (S.P.R.L. et application de l'article 123, 7° introduit par la loi du 4 août 1978); Gand 26 mars 1993, R.D.C. 1993, pp. 935 et s. (S.A. et application de l'article 35, 6° introduit par la loi du 4 août 1978).

mise en cause des fondateurs sur base de l'article 147ter, 1°. Cette sanction serait d'ailleurs à la source d'une grande insécurité juridique<sup>54</sup>: les fondateurs ne pourraient en effet plus jamais être sûrs, au moment où ils créent la société, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui pèsent ou pèseront prochainement sur eux. En outre, tout fondateur est susceptible de quitter à tout moment la société; n'est-il pas absurde de le rendre responsable sur base d'une loi entrée en vigueur après qu'il ait quitté celle-ci?

La responsabilité des fondateurs ne peut raisonnablement être engagée sur la base susdécrite.

Pourrait-on considérer néanmoins que les fondateurs sont *fautifs* d'avoir constitué une société ne disposant clairement pas des moyens suffisants pour développer ses activités de façon rentable tout en faisant face à ses engagements financiers? Pour les motifs que l'on vient d'expliquer, on ne pourra appliquer la responsabilité visée à l'article 147ter, 4°. Par contre, l'invocation de l'article 1382 du Code civil est envisageable.<sup>56</sup>

Cependant, l'application du droit commun de la responsabilité civile exige d'établir un lien de causalité strict entre

la sous-capitalisation et la faillite, ce qui est malaisé.<sup>57</sup> Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite, indépendamment du faible montant de son capital initial. La charge de la preuve est donc plus lourde que si l'on avait pu mettre en œuvre l'article 147ter, 4°. L'intérêt de l'application du droit commun de la responsabilité réside notamment dans l'étendue du dommage réparable: contrairement à l'article 147ter, 1°, qui limite strictement leur charge à la différence entre le capital minimum légalement exigé et le capital souscrit, et contrairement à l'article 147ter, 4°, qui laisse au juge le pouvoir considérable de fixer la proportion du passif à mettre à leur charge, les fondateurs seraient ici tenus de réparer l'intégralité du dommage, quel que soit son importance.

13 Les associés eux-mêmes peuvent-ils être inquiétés, indépendamment des théories relatives à la responsabilité illimitée développées et critiquées *in limine*?

À nouveau, leur responsabilité aquilienne peut être engagée: soit parce que, étant réunis en AG par les administrateurs, ils ont refusé de régulariser la situation de la société selon les modalités envisagées *supra* (augmentation de capital, transformation, modification, dissolution), soit au motif qu'ils auraient pu, *eux-mêmes*, provoquer la réunion d'une AG ayant cet objet. Il sera alors nécessaire aux créanciers d'établir que ces associés étaient des personnes compétentes, bien au fait des obligations légales s'imposant aux sociétés.

14 La mise en cause de la responsabilité aquilienne des comptables<sup>58,59</sup> de la société peut également être tentée: la faute sera alors appréciée en fonction de la qualité professionnelle que l'on est en droit d'attendre de telles personnes qui, investies d'un devoir de conseil pour tout ce qui se rapporte aux comptes annuels, auraient dû signaler

<sup>54</sup> Voir l'excellente étude de Thimoty Verhoest (o. c., pp. 405 et s.) qui met en lumière les difficultés engendrées par une telle sanction extrême; voir également *Bilan*, n° 330, 22 octobre 1997, p. 5.

<sup>55</sup> Hypothèse de la faillite dans les trois ans de la constitution de la société alors que la part fixe du capital est manifestement insuffisante pour assurer l'exercice de l'activité projetée pendant deux ans. Voir en matière de S.A.: Civ. Gand 26 mars 1993, R.D.C. 1993, pp. 935 et s. (spec. p. 942); en matière de SPRL: Gand 21 avril 1983, R.D.C. 1984, p. 30. À ce propos, on lira avec intérêt l'étude de A. Benoit-Moury "10 ans de jurisprudence en matière de sociétés", o. c., pp. 63-68 ainsi que l'ouvrage de M. Coipel "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. not.*, Livre IV, Bruxelles, Larciere, 1997, pp. 118-120 et 152-156.

<sup>56</sup> Voir Gand 21 avril 1983, R.D.C. 1984, pp. 30-31 (preuve de la faute non apportée par le curateur); Gand 26 mars 1993, R.D.C. 1993, pp. 935 et s. (et spéc. 944): "Er kan slechts sprake zijn van een fout in hoofde van de oprichters wanneer de ter beschikking gestelde middelen zo kennelijk ontoereikend zijn dat deze behoorden te weten dat de opgerichte vennootschap redelijkerwijze geen levenskansen had en dat zij haar verbintenissen niet zou nakomen"; le Tribunal de commerce de Charleroi a considéré, dans un jugement du 10 janvier 1979, que "constitue une faute, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, le fait d'entreprendre une activité commerciale sans moyens proportionnés à celle-ci (Le fondateur) savait ou devait savoir que les obligations contractées ne pourraient être exécutées dans des conditions et délais raisonnables. Le risque dans la création d'une entreprise ne peut être admis que pour autant que ce risque soit supporté par l'entrepreneur et son éventuel bailleur de fonds et non réparti sur d'autres personnes. C'est l'absence de moyens proportionnés à l'activité envisagée qui constitue la faute (...) " (in J.C.B. 1979, pp. 510 et s.). Le Tribunal de première instance de Bruges par contre, dans une espèce particulière jugée le 13 février 1984 (Rev. prat. soc. 1984, pp. 198 et s. et spéc. 207), a refusé de retenir la responsabilité des fondateurs au motif qu'il n'était pas prouvé que par la création d'une société dont ils auraient dû savoir immédiatement qu'elle serait un enfant mort-né, ils auraient témoigné d'un manque de sens des responsabilités.

<sup>57</sup> Selon la Cour d'appel de Gand (21 avril 1983, R.D.C. 1984, pp. 943 à 945), le curateur qui veut mettre en cause la responsabilité des fondateurs sur base de l'article 1382 du Code civil doit prouver que la sous-capitalisation avait nécessairement comme conséquence que la société tomberait en faillite pour cette raison, avec les dommages corrélatifs pour la société et ses créanciers.

C'est cette difficulté de prouver le lien causal entre la sous-capitalisation et la faillite, preuve nécessaire à la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil, qui a d'ailleurs conduit le législateur à adopter une disposition particulière en matière de responsabilité des fondateurs, dans cette hypothèse.

<sup>58</sup> Signalons que la présence d'un commissaire dans les coopératives dont la part fixe du capital social n'atteint pas 750 000 francs est rarissime, vu l'application de l'article 64, §2 auquel renvoie l'article 147octies des L.C.S.C. En présence d'un ou plusieurs commissaires, l'article 64octies auquel renvoie l'article 147octies des L.C.S.C. pourrait éventuellement être invoqué: responsable de la bonne exécution de ses devoirs de surveillance et de contrôle, on peut estimer que le commissaire manque ses obligations légales en ne signalant pas aux administrateurs qu'ils doivent au plus vite régulariser la situation de la société.

<sup>59</sup> Signalons également que si un expert-comptable est chargé, conformément à l'article 147octies, §2 des L.C.S.C., de représenter les associés dans leur mission de contrôle, le devoir qui pèse sur lui est défini précisément à l'article 64, §1, alinéa 1 des L.C.S.C. Dans cette hypothèse, la faute de l'expert-comptable paraît plus évidente que celle du "simple" comptable-conseiller, et sa responsabilité devrait plus facilement pouvoir être mise en cause.



aux administrateurs et/ou aux associés la nécessité de régulariser la société au regard des exigences de capital minimum. On pourrait également leur reprocher d'avoir accepté de continuer à mettre leur travail au service d'une société en infraction avec la loi.

15 Au terme de cette brève étude, que conclure?

Il convient, tout d'abord, de relire attentivement les dispositions transitoires de la loi du 20 juillet 1991 et de s'y tenir. Les sanctions prévues lorsque la société n'a pas adapté ses statuts y sont expressément indiquées: clauses statutaires contraires à la loi nouvelle réputées non écrites et application des dispositions impératives de la loi nouvelle; en outre, possibilité pour tout tiers intéressé de solliciter la dissolution de la société dont le fonctionnement serait devenu impossible vu ce qui précède. Cette solution radicale est cependant bien peu intéressante pour les créanciers. Précisons qu'aussi longtemps que la décision judiciaire n'est pas intervenue, la société continue d'exister et dispose donc de toute liberté pour adapter *in extremis* ses statuts. Il semble qu'on puisse envisager également que le Tribunal saisi décide de lui accorder un délai pour faire le nécessaire.<sup>60</sup>

Bref, la dissolution ne sera prononcée que dans des cas extrêmes.

Au surplus, il paraîtrait délicat de soutenir que le fonctionnement de la S.C. serait devenu impossible si elle est encore en activité aujourd'hui!

La protection des créanciers victimes de la négligence impardonnable que constitue l'absence d'augmentation de la part fixe minimale du capital – négligence qui persiste, à l'heure actuelle, dans de nombreuses coopératives – doit être recherchée dans les sanctions classiques en matière de responsabilité: qu'il s'agisse de l'application du droit commun et de l'article 1382 du Code civil ou des sanctions spécifiques au droit des sociétés, que ce soit à l'encontre des administrateurs ou des fondateurs, associés, commissaires et comptables.

Par Marie-Amélie Delvaux, assistante aux FuNDP – avocate

<sup>60</sup> Il y a cependant ici matière à discussion. Tant l'article 72, alinéa 3 de la loi du 5 décembre 1984 que l'article 17, alinéa 2 de la loi du 15 juillet 1985 utilisent une formulation qui laisse une large marge de manœuvre au juge ("la société peut être dissoute judiciairement", "sa dissolution peut être ordonnée"). L'article 168, alinéa 1 de la loi du 20 juillet 1991, dont la formulation est analogue à celle de la loi du 18 juillet 1991, article 50, §5 *in fine*, semble davantage péremptoire dans le sens où on pourrait y déceler la consécration d'un véritable droit à la dissolution dans le chef de tout intéressé. Cette interprétation semble toutefois excessive et ne retient pas notre attention.